

# Kroniek van het sociaal recht

Guus Heerma van Voss en Jaap van Slooten<sup>1</sup>

STAKINGEN TEGEN VERHOOGING VAN DE AOW-LEEFTIJD ZIJN ERKEND IN DE VORM VAN KORTE WERKONDERBREKINGEN. MAAR DAARMEE IS NOG NIET GEZEGD DAT OOK EEN LANGDURIGE STAKING TEGEN EEN POLITIEKE MAATREGEL GERICHT OP HET UITOEFENEN VAN POLITIEKE DRUK OP DE OVERHEID DOOR HET ONTWRICHTEN VAN BEPAALDE SECTOREN EVENEENS ZOU WORDEN GEACCEPTEERD.

In afwachting van nieuwe plannen van het nog te vormen kabinet, kenmerkte de afgelopen periode zich vooral door het vervolgen van een aantal lopende dossiers. De spectaculaire arresten van de Hoge Raad over kennelijk onredelijk ontslag kregen een vervolg in een nieuw arrest. De literatuur en de lagere rechtspraak beginnen zich te herstellen van de klap dat de kantonrechttersformule in deze zaken niet kan worden toegepast. Zij zijn druk bezig zich te bezinnen op de nieuwe situatie waarin de schade concreet moet worden berekend. Een ander vervolg kreeg de discussie over de AOW-leeftijd met een akkoord van sociale partners. De werkonderbrekingen tegen deze verhoging werden rechtmatig bevonden. Het aantal tijdelijke contracten voor jongeren mag gedurende de crisis worden verhoogd. Diverse pogingen worden gedaan om de beloning van topfunctionarissen in de hand te krijgen en ten slotte trekt het wijzigen van pensioenregelingen de aandacht.

## Kennelijk onredelijk ontslag

In de vorige kroniek is uitgebreid stilgestaan bij de twee arresten van de Hoge Raad<sup>2</sup> waarin werd uitgemaakt dat schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag niet kan worden berekend aan de hand van een vaste formule.<sup>3</sup> De reeks werd in de verslagperiode vervolgd met het arrest van 21 mei 2010 inzake *Hoedjes/VWTI*. Dit arrest was met name van belang omdat met de twee vorige arresten niet geheel duidelijk was of de zogenoemde *Schoonderwoerd*-leer gehandhaafd bleef. Deze doctrine houdt in dat voor de kennelijke onredelijkheid van het ontslag op grond van het zogenoemde gevolgcriterium de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend is. Met latere omstandigheden wordt daarbij slechts rekening gehouden voor zover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzienbaar was.<sup>4</sup> Die leer blijkt te worden gehandhaafd. Het feit dat in deze zaak het latere verlies van de status van arbeidsgehandicapte reeds in

de beschouwing was betrokken, was niet in strijd met dit leerstuk, omdat ten tijde van het ontslag reeds vaststond wanneer die status verloren zou gaan. In het arrest wordt verder overwogen dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.<sup>5</sup>

Over de kennelijk onredelijk ontslagarresten zijn inmiddels al veel beschouwingen verschenen.<sup>6</sup> Ook zijn de eerste pogingen ondernomen om de nieuwe mogelijkheden die de arresten bieden te verkennen.<sup>7</sup>

Interessant is natuurlijk om te bezien hoe de lagere rechtspraak op de nieuwe jurisprudentie reageert. In de uitspraken die in de eerste helft van 2010 zijn gepubliceerd, zijn voorbeelden te vinden waarin de schadeberekening inderdaad meer concreet en gedetailleerd gebeurt

### Auteur

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam. Beiden zijn medewerker van dit blad.

### Noten

2. HR 27 november 2009, JAR 2009/305, LJN BJ6596 (Van der Grijp/Stam) en HR 12 februari 2010, RvdW 2010, 298, RAR 2010, 37, JAR 2010/72, LJN BK4472 (Rutten/Breed).
3. Guus Heerma van Voss en Jaap van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', NJB 2010, 775, afl. 15, p. 944-948.

4. HR 17 oktober 1997, LJN ZC2457, NJ 1999, 266 (Schoonderwoerd/Schoonderwoert).

5. HR 21 mei 2010, LJN BL6075 (Hoedjes/VWTI).

6. Zonder aanspraak op volledigheid noemen wij hier de bijdragen van Buijs (TRA 2010, 4, ArA 2010 (9)2, p. 25 en met De Laat TAP 2010, p. 195), Charbon (ArbeidsRecht 2010, 35), Duk (TRA 2010, 46), Houweling (ArbeidsRecht Update en noot bij JIN 2010, 66), Jansen (AR 2010/1), Loonstra (ArbeidsRecht 2010, 34), Quist (TAP 2010, p. 60) Verhulp (JAR Verklaard december 2009 en juli 2010), Van der Voet (TAP 2010, p. 100) en Zondag (noot bij JIN 2010, 39).

7. Heerma van Voss e.a., TRA 2010, 47.

## Er is natuurlijk een eigenwijze kantonrechter uit Amsterdam die de Hoge Raad nog éénmaal uitlegt waarom deze het fout ziet

dan voorheen.<sup>8</sup> Rechters hebben daarbij echter natuurlijk ook de hulp van de (rechtshulpverleners van) partijen nodig. Het enkel (laten) berekenen van het gemiste inkomen tot aan het pensioen (of zelfs daarna), levert daarbij onvoldoende informatie op. Uitgewerkt moet worden welke schade zou moeten worden vergoed en op welke grond. Sommige rechters stellen in deze overgangstijd partijen daartoe eerst in de gelegenheid.<sup>9</sup> Er zijn ook uitspraken waarin rechters wel meer werk maken dan vroeger gebruikelijk was van het noemen van voor de schadevergoeding relevante factoren, maar vervolgens toch weer als voorheen volstaan met het noemen van een bedrag waarvan de totstandkoming ongewis blijft.<sup>10</sup> Het lost daarbij niets op als de rechter voortaan het woord 'schatten' gebruikt om te suggereren dat hij art. 6:97 BW toepast. Ook weinig verhelderend is het wanneer de berekening bestaat uit een frase als 'De kantonrechter schat de schade aan inkomens- en pensioenderving op € 150 000'.<sup>11</sup> Natuurlijk zijn er ook tussenuitspraken, waarin wel enig inzicht wordt geboden in de gedachtegang achter de schadevergoeding, maar toch een vrij grove schatting wordt gemaakt.<sup>12</sup> En ten slotte is er natuurlijk een eigenwijze kantonrechter uit Amsterdam die de Hoge Raad nog éénmaal uitlegt waarom deze het fout ziet.<sup>13</sup>

### Verhoging AOW-leeftijd

Op 2 december 2009 werd het wetsvoorstel ingediend tot verhoging van de leeftijd waarop het recht op ouderdomspensioen ingevolge de AOW ontstaat. Volgens het wetsvoorstel gaat de leeftijd waarop het recht op AOW-uitkering ontstaat in twee stappen omhoog naar 67 jaar. In 2020 wordt deze leeftijd 66 jaar en in 2025 67 jaar.<sup>14</sup> Mensen die op 1 januari 2010 55 jaar of ouder waren, krijgen daarom nog hun AOW op 65-jarige leeftijd. In een tweede wetsvoorstel wordt geregeld dat degenen die 42 jaar hebben gewerkt wel op 65-jarige leeftijd een uitkering kunnen krijgen, maar deze uitkering is lager. Loopt de WW- of arbeidsongeschiktheidsuitkering af na 65 jaar, dan ontvangt de betrokkene een overbruggingsuitkering tot de 67-jarige leeftijd. Tevens zijn maatregelen aangekondigd om te bevorderen dat mensen in het algemeen langer kunnen doorwerken en niet voortijdig verslijten. Ook wordt een 'zware beroepenregeling' voorbereid. Deze moet werkgevers financieel prikkelen om werknemers tijdig in hun loopbaan minder zwaar werk te laten doen. De ruime overgangsregeling van tien jaar moet werkgevers en werknemers in staat stellen om maatregelen te treffen om langer doorwerken op gezonde wijze mogelijk te maken, zoals door verbetering van de arbeidsomstandigheden en om- en bijscholing.<sup>15</sup>

De vakbonden lijken zich bij de verhoging als zodanig te hebben neergelegd en hebben besloten om samen

met de werkgevers in de Stichting van de Arbeid een enigszins afwijkend voorstel op te stellen, teneinde de wijze waarop de verhoging wordt ingevoerd nog zo veel mogelijk te beïnvloeden. Het was opmerkelijk dat de sociale partners nu wel een akkoord konden sluiten, terwijl dit enige maanden daarvoor maar niet kon lukken. Het nieuwe akkoord heeft tevens het voordeel dat dit ook voorziet in het doortrekken naar de aanvullende pensioenen, zodat deze blijven aansluiten op de AOW.<sup>16</sup> Het akkoord voorziet ook in andere maatregelen om de pensioenen in de zogenoemde tweede pijler in de toekomst betaalbaar te houden, naar aanleiding van de rapporten van de commissies Frijs en Goudswaard over de toekomstbestendigheid van de pensioenen.

Intussen hebben de politieke partijen bij de Tweede Kamerverkiezingen van 2010 wisselende standpunten ingenomen over de verhoging van de AOW-leeftijd, van instemming tot afwijzing. De afwijzing kwam met name van de SP en de PVV, welke laatste partij zelfs sprak van een 'breekpunt' maar dit daags na de verkiezingen weer introk. Het ziet ernaar uit dat de verhoging van de AOW-leeftijd er al met al zal komen, maar op het moment van het afsluiten van deze kroniek was nog niet duidelijk of het standpunt van de sociale partners zou worden gevolgd, of het reeds ingediende wetsvoorstel zou worden gehandhaafd of dat er nog een nieuwe variant zou worden bedacht.

### Staking tegen verhoging AOW-leeftijd

In de vorige kroniek werd melding gemaakt van twee uitspraken in kort geding inzake de toelaatbaarheid van werkonderbrekingen uit protest tegen de verhoging van de AOW-leeftijd. De zaak is ook interessant omdat te verwachten valt dat in de komende jaren forse bezuinigingen zullen worden doorgevoerd, die veel protest kunnen uitlokken.<sup>17</sup> Zijn zulke acties, die deels met de arbeidsvoorwaarden te maken hebben maar ook ingaan tegen politieke besluiten, te vatten onder het recht op collectieve actie als bedoeld in het Europees Sociaal Handvest (ESH)? Art. 6 lid 4 van dit verdrag erkent immers het recht op collectieve actie slechts in geval van belangengeschillen.<sup>18</sup>

Wij schreven toen dat de Utrechtse uitspraak waarin de acties toelaatbaar werden geacht sterker was beargumenteerd. Deze uitspraak werd dan ook in hoger beroep bevestigd, terwijl de Amsterdamse uitspraak werd teruggedraaid. Het Hof Amsterdam overwoog dat de voorgenomen verhoging van de AOW-leeftijd, waartegen de acties zich beoogden te richten, weliswaar zelf geen onderwerp is van collectieve onderhandelingen, maar de AOW-leeftijd als gegeven zozeer is verweven met de arbeidsvoorwaardenpositie van de werknemers dat verhoging daarvan onherroepelijk consequenties zal hebben voor de onderhandelingspositie van de bonden met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden. Daarmee vallen de acties onder het bereik van art. 6 lid 4 ESH.<sup>19</sup>

Overigens zijn dit soort acties tot nu toe alleen erkend in de vorm van korte werkonderbrekingen. Daarmee is nog niet gezegd dat ook een langdurige staking tegen een politieke maatregel gericht op het uitoefenen van politieke druk op de overheid door het ontwrichten van bepaalde sectoren eveneens zou worden geaccepteerd.

# Het komende arrest van het Hof van Justitie kan een nieuw voorbeeld opleveren van doorbreking van de vennootschapsstructuur ter wille van een goede toepassing van het arbeidsrecht

## Verruiming tijdelijke contracten voor jongeren

Met ingang van 9 juli 2010 is de 'ketenregeling' voor het aantal tijdelijke arbeidscontracten voor jongeren tot 27 jaar verruimd (art. 7:668a BW).<sup>20</sup> Met deze werknemers mogen nu vier aansluitende tijdelijke contracten worden gesloten in plaats van drie en gedurende vier jaar in plaats van drie. Na vier jaar of bij het vijfde contract ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze maatregel loopt af op 1 januari 2012. Als de economische crisis daarna nog aanhoudt, kan deze echter nog worden verlengd tot 1 januari 2014. Daarmee is de maatregel bedoeld als een tijdelijke regeling om de jeugdwerkloosheid te bestrijden. Volgens de regering worden vooral jongeren hard getroffen door de economische crisis. De hoop is dat zij tijdens de crisis op tijdelijke basis in dienst worden gehouden en als de crisis voorbij is, bij het bedrijf in dienst kunnen blijven. Omstreden is of deze wet zich verdraagt met de antidiscriminatieregels van de Europese Unie.<sup>21</sup> Zo zouden niet alleen de jongeren zich gediscrimineerd kunnen voelen omdat zij minder snel een vast contract krijgen dan ouderen, maar ook de ouderen omdat zij relatief minder kans op werk krijgen nu zij geen verlengd tijdelijk contract kunnen krijgen. Gezien de beperkte looptijd van de regeling lijkt het echter weinig zin te hebben om het oordeel van het Hof van Justitie van de EU daarover te vragen. Met de leeftijdsgrens van 27 jaar sluit de regering aan bij de in oktober 2009 in werking getreden WIJ. Deze wet geeft jongeren tot 27 jaar recht op een werkleeraanbod: werk, opleiding of een combinatie daarvan.

## Overgang van onderneming en personeels-BV

In de zogenoemde *Albron*-zaak is de vraag aan de orde wat de gevolgen zijn van het feit dat een concern het personeel onderbrengt in een aparte personeels-BV voor de regeling rond overgang van onderneming. Albron nam een activiteit van Heineken over, maar ontkende dat sprake was van behoud van de rechten van werknemers, omdat

deze niet in dienst waren van de betrokken BV, maar van de Heineken Nederlands Beheer BV, dat als formele werkgever optreedt voor al het personeel van Heineken. De Utrechtse kantonrechter gaf de werknemers en vakbond gelijk in hun stelling dat de regeling van overgang van onderneming op deze casus wel van toepassing was, daarmee de vennootschapsstructuur doorbrekend. Het Amsterdamse gerechtshof legde de zaak bij het Hof van Justitie van de EU, teneinde uitleg te geven over de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23/EG op deze situatie. Het eerste nieuws kwam van advocaat-generaal Bot: deze kiest in zijn conclusie voor de toepasselijkheid van de richtlijn in deze situatie. Hij stelt dat gezien het doel en het stelsel van de richtlijn, de wijze van organisatie van de arbeidsverhoudingen binnen een concern als dat van Heineken, zou moeten worden begrepen alsof de werkgevervennootschap de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van het concern zou sluiten voor rekening van elk van de werkmaatschappijen waarbij zij worden tewerkgesteld. De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomsten van de bij de overgedragen vennootschap tewerkgestelde werknemers met een andere vennootschap van het concern zijn gesloten, mag dus niet beletten dat de uit die overeenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen op de verkrijger overgaan. Dat ligt dus anders dan bij uitzendkrachten, die volgens eerdere jurisprudentie van het HvJ EU juist in dienst blijven bij het uitzendbureau. Een andere uitleg zou de toepassing van de richtlijn aan de beoordelingsvrijheid van concerns kunnen overlaten, hetgeen in strijd zou zijn met het dwingende karakter en het doel ervan.<sup>22</sup>

Het wachten is nu op het arrest van het HvJ EU. Mocht dit de conclusie van de advocaat-generaal volgen, dan vinden we op dit gebied een nieuw voorbeeld van doorbreking van de vennootschapsstructuur ter wille van een goede toepassing van het arbeidsrecht, dat overigens weer de nodig nieuwe vragen zal oproepen omtrent de toepassing in concrete gevallen.<sup>23</sup>

### Noten

8. Hof Leeuwarden 24 augustus 2010, L/JN BN5041; Ktr. Amersfoort 4 augustus 2010, L/JN BN4364; Ktr. 's-Hertogenbosch 1 juli 2010, L/JN BN3095; Ktr. Haarlem 7 april 2010, L/JN BM3432.
9. Ktr. Utrecht 12 mei 2010, L/JN BM2937.
10. Hof Leeuwarden 11 mei 2010, L/JN BM4236; Rb. Leeuwarden 7 april 2010, L/JN BM0505; Ktr. Utrecht 24 februari 2010, JAR 2010/81; Ktr. Haarlem 3 februari 2010, JAR 2010/77.
11. Ktr. Zaandam 6 mei 2010, L/JN

BM5897.

12. Ktr. Haarlem 3 maart 2010, RAR 2010, 80; Ktr. Eindhoven 17 december 2009, L/JN BK8201.
13. Ktr. Amsterdam 8 juni 2010, JAR 2010/169.
14. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 1-2.
15. Persbericht Ministerie van SZW 2 december 2009, nr. 09/125.
16. Pensioenakkoord voorjaar 2010, te vinden op de website van de Stichting van de Arbeid, [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl).
17. S.F. Sagel, 'Staken tegen de AOW-

plannen; het mocht toch!', TRA 2010, 68.

18. B.A. Schmahl 'Politieke staking mag?!', TRA 2010, 3.
19. Hof Amsterdam 4 mei 2010, L/JN BM3468.
20. Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 274.
21. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303.
22. Conclusie van A-G Y. Bot van 3 juni 2010, nr. C-242/09 (*Albron Catering BV*

tegen FNV Bondgenoten, *John Roest*).

23. Zie over deze problematiek nader E. Knipschild, 'Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2008, 63, A.A. de Jong, 'De positie van gedetacheerde werknemers bij een overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2007, 3 en R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?', *ArbeidsRecht* 2005, 27.

## Beloning topfunctionarissen

Op het gebied van beloning was er veel nieuwe wetgeving (in voorbereiding). Op het gebied van wijzigen van arbeidsvoorwaarden lijkt de Hoge Raad normen voor 'informed consent' te ontwikkelen. Het is nog niet helemaal duidelijk wat die inhouden.

Over de ontwikkelingen op het gebied van beloning berichtten we in de kroniek van vorig jaar. Sindsdien is er weer een hoop gebeurd. Op het gebied van wetgeving valt te wijzen op het wetsvoorstel Normering uit publieke middelen gefinancierde beloning topfunctionarissen dat in oktober 2009 ter consultatie werd voorgelegd.<sup>24</sup> Redelijk uniek is dat beloning (inclusief ontslagvergoeding) uit hoofde van een arbeidsovereenkomst op grond van de wet nietig kan zijn omdat het een voorgeschreven hoogte overschrijdt. Verder is opmerkelijk dat de minister een rechtstreeks terugvorderingsrecht jegens de werknemer krijgt, terwijl het veelal gaat om een werknemer die bij een private rechtspersoon in dienst is. Hoewel de consultatie al in november vorig jaar afliep, is nog niet bekend wanneer het wetsvoorstel wordt ingediend bij de Tweede Kamer.

Wel bereikte onlangs de Tweede Kamer het wetsvoorstel dat het mogelijk maakt buitensporige of achteraf onterechte bonussen door de raad van commissarissen te

hoge leidinggevende medewerkers of medewerkers in een risicobepalende functie'. Op sommige onderdelen bevat de richtlijn specifieke voorschriften over de verhouding tussen een kortetermijn- en langetermijnbonus. Ook hier komt het clawbackrecht weer terug. Het is nog onduidelijk hoe de richtlijn, als die wordt aangenomen (maar daar lijkt het wel op), zal worden geïmplementeerd. Vermoedelijk zal dit gebeuren via besluiten in het kader van de Wft. Pikant is dat de richtlijn ook van toepassing is op beloningen voor in 2010 verstrekte diensten die zijn toegekend maar nog niet betaald voor de daadwerkelijke datum waarop een nationale regeling van kracht wordt. Met andere woorden: een aansporing voor financiële instellingen de bonus dit keer wat vroeger te betalen.

## Spreekrecht ondernemingsraad

Een regeling die de excessieve beloning ook moet beteugelen, is het wettelijk spreekrecht van de ondernemingsraad. Dit is met ingang van 1 juli 2010 in werking getreden.<sup>29</sup> De bedoeling is dat de or een standpunt bepaalt en kenbaar maakt over onder meer het beloningsbeleid en ontslag en benoeming van bestuurder zodat de algemene vergadering van aandeelhouders daar rekening mee kan houden. Dit recht komt ook toe aan ondernemingsraden van dochter-

## Redelijk uniek is dat beloning (inclusief ontslagvergoeding) uit hoofde van een arbeidsovereenkomst op grond van de wet nietig kan zijn omdat het een voorgeschreven hoogte overschrijdt

laten aanpassen of terugvorderen. De regeling geldt voor bestuurders van alle NV's en voor bestuurders en beleidsbepalers van financiële ondernemingen, waaronder banken, verzekeraars en beleggingsondernemingen.<sup>25</sup>

De bestuurders en beleidsbepalers van financiële instellingen zijn eveneens onderwerp van 'principes voor beheerst beloningsbeleid' van DNB en AFM<sup>26</sup> en van de nota 'naar een beheerst beloningsbeleid' die DNB in september 2009 publiceerde,<sup>27</sup> die een aantal *good practices* bevat. De Minister van Financiën heeft laten weten deze principes en *good practices* in de Wft te zullen verankeren. Wat dat betekende, was nog niet helemaal duidelijk.

Deze verankering krijgt echter een extra dimensie door de Capital Requirements Directive die op 7 juli 2010 door het Europees Parlement werd aangenomen en ten tijde van het schrijven van deze kroniek nog in afwachting was van goedkeuring door de Raad van de EU.<sup>28</sup> Indien die goedkeuring plaatsvindt, moeten de voorschriften uiterlijk op 1 januari 2011 zijn geïmplementeerd. De richtlijn is van toepassing op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en ziet op het beloningsbeleid dat geldt voor die categorie werknemers of medewerkers van wie de beroepswerkzaamheden 'het risicoprofiel van de instelling materieel beïnvloeden'. Volgens het voorstel vallen in die categorie in ieder geval 'de hogere leidinggevende, risicobepalende en toezichthoudende functies en elke werknemer wiens totale beloning hem in dezelfde beloonsschaal plaatst als die van

vennootschappen, tenzij een NV aan het hoofd van een groep staat, waarvan de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is. Tijdens het wetgevingsproces is naar aanleiding van literatuur en kritische vragen verduidelijkt dat overtreding van deze regels geen enkel effect heeft op de geldigheid van naar aanleiding daarvan te nemen besluiten. Dat maakt het natuurlijk een papieren tijger, maar de or kan wel nakoming van zijn standpuntbepalingsrecht vorderen. Enigszins onduidelijk is wat de verhouding is tot het advies dat op grond van art. 30 WOR gevraagd dient te worden en dat ook gaat over benoeming en ontslag van bestuurders.

Met name ten aanzien van ontslagbesluiten van bestuurders werkt de regeling niet zoals bedoeld: de oproep-termijn voor de algemene vergadering van aandeelhouders die bevoegd is zich uit te spreken over het ontslag, bedraagt tegenwoordig 42 dagen. Voorafgaand daaraan moet de or in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt over het agendapunt 'ontslag bestuurder' te geven. Deze termijn en ook het feit dat een en ander in zo'n vroegtijdig stadium met de or moet worden besproken, zal vermoedelijk de bedreigde bestuurder meer *leverage* geven. In ieder geval duurt het langer voordat hij kan worden ontslagen, want de opzegtermijn gaat pas in nadat het ontslagbesluit is genomen. Het is dus maar de vraag of dit 'standpuntbepalingsrecht' bijdraagt aan het terugdringen van de hoogte van vergoedingen aan bestuurders in het kader van ontslag.

## Enquêterecht

Er lijkt meer dreiging voor 'veelverdieners' uit te gaan van de PCM-beschikking die de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK) op 27 mei 2010 wees naar aanleiding van de door de vakbonden gevraagde enquête. Een groot deel van de enquête zag op de periode waarin PCM in handen was van het private-equitybedrijf APAX. Zoals vele andere private-equitybedrijven had APAX de eis gesteld dat het management zou participeren in PCM. De participatie was zo geconstrueerd dat de opbrengst voor het management niet gerelateerd was aan de performance van de onderneming, maar aan de exitprijs voor de private-equity-investeerder. Van de 60 personen die de gelegenheid hebben gekregen om toe te treden tot de regeling maakten daarvan slechts 27 gebruik. Het zou een bron van misnoegen binnen de onderneming van PCM worden, aldus de OK. De management participatieregeling 'raakt aan de kern van het geconstateerde wanbeleid'. De regeling leidde tot conflicting interests. Er was geen maximering afgesproken. Bij de exit kregen de deelnemers onverwacht tien keer hun inleg terug. De OK oordeelt dat het bestuur had moeten voorzien dat hierdoor ernstig zou worden getwijfeld aan zijn integriteit. De betrokken ondernemingen hadden op voorhand rekening moeten houden met de belangen van de doelvennootschap. Hiermee is geen einde gekomen aan de mogelijkheid om variabele beloning toe te kennen aan het bestuur van een onderneming die in de etalage staat. Wel wordt duidelijk dat een regeling die te veel is gericht op de belangen van de aandeelhouder tot wanbeleid kan leiden.<sup>30</sup>

## Wijziging van pensioenregelingen

Wijziging van beloning is een terugkerend thema in deze kroniek en het blijft boeiend vast te stellen hoe snel de ontwikkelingen gaan. In het kader van pensioen werd een tweetal interessante arresten gewezen, die ook voor andere arbeidsvoorwaarden van belang zijn. In het CZ-arrest<sup>31</sup> stelde CZ voor aan een aantal actieven om de pensioenregeling te wijzigen. Kort gezegd kwam deze erop neer dat de pensioenopbouw over provisie werd afgeschaft. De tot dan toe opgebouwde waarde werd gebruikt voor de inkoop van extra geïndexeerd ouderdoms- en nabestaandenpensioen. Een en ander werd met de betrokkene besproken in enkele werkbesprekingen. De verslagen daarvan werden toegestuurd aan de betrokkene. De werknemers die uiteindelijk een eis instelden, tekenden allen een opdracht waarbij de opgebouwde waarde werd overgedragen. Hierbij werd niet vermeld dat dit inhield dat zij met de beëindiging van de pensioenopbouw over provisie instemden. De Hoge Raad stelt bij zijn beoordeling van de vraag of de werknemers

hieraan gehouden waren voorop dat het hier een verslechtering betrof voor de werknemers. Dan volgt een principiële regel:

*'De vraag of een overeenkomst als bedoeld is tot stand gekomen, moet in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, [1] indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en [2] op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd.'*

De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het Hof tot het oordeel kon komen dat de werknemers in kwestie de duidelijkheid verschaft was en dat zij dus welbewust met de wijziging hadden ingestemd. Dat is enigszins opvallend, omdat het tekenen van het formulier tot waardeoverdracht dus niet vermeldde dat dit inhield dat men ook akkoord ging met afschaffing van de pensioenopbouw over de provisie.

De werknemers hadden begrijpelijkerwijs een beroep gedaan op het arrest *Kuyppers/Huizerjans*.<sup>32</sup> In die zaak was ook in een werkoverleg een verslechtering van arbeidsvoorwaarden aan de orde gekomen. Het ging in die zaak om een voorstel tot salarisverlaging dat zonder voorafgaand overleg met de werknemers was gedaan op een door de werkgever met het voltallige personeel gehouden vergadering en waarmee de werknemer hoogstens stilzwijgend had ingestemd. Voor een dergelijke situatie geldt dat de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met het wijzigingsvoorstel indien uit de verklaring of gedragingen van de werknemer tijdens of na de vergadering *ondubbelzinnig* blijkt van aanvaarding van het voorstel. Dat ligt dus een nuance anders, maar wat nou het verschil is tussen 'welbewust' en 'ondubbelzinnig'? We zien het wel, maar het zal in de praktijk vermoedelijk niet gaan werken.

Twee maanden later volgde het arrest inzake *Halliburton/Van Schaik*.<sup>33</sup> Halliburton had in 1994 een voorstel gedaan aan het personeel tot aanpassing van de pensioenregeling. Een bepaald onderdeel werd minder, maar dit werd gecompenseerd door het voorstel de pensioenuitkeringen voortaan te indexeren. Daar werd over opgemerkt dat die indexatie gebeurde uit de extra renteopbrengst

### Noten

24. [www.internetconsultatie.nl/wet-topinkomens](http://www.internetconsultatie.nl/wet-topinkomens).

25. [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2010/09/10/claw-back-regeling-bonussen-naar-tweede-kamer.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2010/09/10/claw-back-regeling-bonussen-naar-tweede-kamer.html).

26. [www.dnb.nl/binaries/Principes%20voor%20beheerst%20beloningsbeleid\\_tcm46-216619.pdf](http://www.dnb.nl/binaries/Principes%20voor%20beheerst%20beloningsbeleid_tcm46-216619.pdf).

27. [www.tweedekamer.nl/imaget/31371\\_254\\_Bijlage\\_118-197687.pdf](http://www.tweedekamer.nl/imaget/31371_254_Bijlage_118-197687.pdf).

28. Voorstel voor een richtlijn tot wijziging van Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG wat betreft de kapitaalveristen voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties, alsook het bedrijfsconomisch toezicht op het beloningsbeleid, COM/2009/0362 def.

29. Wet van 30 juni 2010 tot wijziging

van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een recht voor de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten en besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het beloningsbeleid, Stb. 2010, 250.

30. Hof Amsterdam 27 april 2010, JAR 2010/160.

31. HR 12 februari 2010, LJN BK3570, JAR 2010/71.

32. HR 28 mei 1999, LJN ZC2921, NJ 1999, 509.

33. HR 13 april 2010, LJN BL5262, JAR 2010/127 (Halliburton/Van Schaik).

## Het lijkt erop dat de Hoge Raad het begrip 'informed consent' in het arbeidsrecht een plaats wil gaan geven

van de verzekeraar. Vermoedelijk heeft de gemiddelde werknemer niet door dat het daardoor niet zeker is dat die indexatie ook zal plaatsvinden. Halliburton hanteerde een 'piepsysteem' om de wijziging door te voeren: *'Als u niet akkoord gaat, het formulier svp terugsturen'*. Van Schaik stuurde het formulier niet terug en werd op grond daarvan door het Hof geacht akkoord te zijn gegaan met de nieuwe indexatieregeling. Een jaar later werd aan de werknemers een brochure over de nieuwe pensioenregeling toegestuurd. Hierin stond dat de indexatie 'overigens voorwaardelijk' was. Weer een jaar later volgde het reglement en ook daar stond de voorwaardelijkheid van de indexatie. Van Schaik reageerde op geen van beide documenten.

Het Hof neemt aan dat in 1994 een wijziging van de pensioenovereenkomst tot stand is gekomen. Voorts oordeelt het Hof dat de werknemer redelijkerwijs de toezegging niet hoefde uit te leggen als een voorwaardelijke indexatie. En met de later toegestuurde documenten had Van Schaik 'uitdrukkelijk' moeten instemmen. Dat heeft de werknemer niet gedaan. De Hoge Raad stelt hier voorop dat het niet om een voorstel tot verslechtering gaat. Volgens oordeelt de Hoge Raad dat het Hof de totstandkoming van de wijziging 'in stukken mocht knippen'. Het Hof mocht oordelen dat de werknemer niet bedacht hoefde te zijn op het feit dat latere documenten in 1995 en 1996 afwijken van de eerste overeenstemming. Ook het oordeel over de betekenis die aan de positie van Van Schaik in de onderneming wordt toegekend, blijft in stand; niet verrassend.

Het Halliburton-arrest laat zien dat een werkgever er verstandig aan doet een volledig voorstel te doen. Doet hij een voorstel op hoofdlijnen, hetgeen hij later wil preciseren, dan loopt hij het risico dat de werknemer al geacht wordt te hebben ingestemd met het eerste (voor de werknemer positieve) element en de nadere voorwaarden niet meer accepteert. Het is onduidelijk in hoeverre het verschil maakt of de wijziging per saldo een verslechtering inhoudt. De Hoge Raad stelt het in beide arresten voorop, maar werkt dit in onze ogen onvoldoende uit.

Het kan verkeren: de medewerkers van CZ hadden te maken met een verslechtering en tekenden een stuk dat niet zag op de beëindiging van de pensioenopbouw. Toch werden zij geacht wel bewust te hebben ingestemd. Een MT-lid van Halliburton die een verbetering kreeg en vervolgens redelijk gebruikelijke nadere condities ontving én niet protesteerde, was niet gebonden.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad het begrip 'informed consent' in het arbeidsrecht een plaats wil gaan geven. Eerder werd ook al in verband met overgang van onderneming geoordeeld dat werknemers duidelijk en volledig moeten worden geïnformeerd over hun rechten en de implicaties van de voorstellen.<sup>34</sup> Het zal ons niet verbazen als dit nog een vervolg krijgt.

De vraag of de rechtsverhouding met ex-werknemers (hoofdzakelijk gepensioneerden) kan worden aangepast (zo die al bestaat) is eveneens actueel. Wij berichtten daar eerder over in de kroniek van twee jaar geleden.<sup>35</sup> Er is sindsdien de nodige rechtspraak bijgekomen. De meeste daarvan ziet op de wijziging of afschaffing van de verplichting tot betaling van een bijdrage in het kader van de ziektekostenverzekering. Inmiddels is er voldoende rechtspraak om een lijn te zien. Wellicht is verrassend voor sommigen dat daarin bepalend blijkt te zijn of de wijziging bij cao is overeengekomen. Huijg heeft in het juninummer van TRA de uitspraken op een rijtje gezet en geconstateerd dat in alle gevallen (op één na) waarin de wijziging bij cao was opgenomen, deze ook jegens gepensioneerden standhield.<sup>36</sup> In bijna alle gevallen waarin geen cao-afsprake was gemaakt, faalde de wijziging. De meest voorkomende redenering in de uitspraken is dat de gepensioneerden hun recht op doorbetaling van de bijdrage ooit hebben ontleend aan de cao, zodat datzelfde instrument dat recht weer kan afnemen. Met dezelfde redenering kwam de Kantonnier Rotterdam<sup>37</sup> tot de 'postcontractuele werking van een wijzigingsbeding ex art. 613 BW'. Als werknemers hun recht op een bijdrage ontleen aan het personeels-handboek dat een wijzigingsbeding bevat, dan moet dat beding ook nog kunnen worden aangewend indien de arbeidsovereenkomst inmiddels is geëindigd.

Het is aardig om te zien dat vrijwel nooit wordt geoordeeld dat een rechtsverhouding met een gepensioneerde 'uitgewerkt' of 'bevroren' is. Dat is ook moeilijk houdbaar omdat immers nog altijd betalingen plaatsvinden. Overigens speelt het thema ook bij een nieuwe categorie zaken die in opkomst is: procedures van gepensioneerden over wijziging van hun pensioenregeling. Wij hebben geen twijfel dat hier de komende jaren nog vaak over zal worden geschreven in deze kroniek. •

### Noten

34. Zie HR 26 juni 2009, LJV BH4043, JAR 2009/183 (Bos/Pax) en HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285.  
35. NJB 3 oktober 2008, 1734, afl. 34, p. 2138-2139.

36. T. Huijg, '(Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven', TRA 2010, 57.  
37. Ktr. Rotterdam 20 mei 2009, JAR 2010/136.